



UOHSX0093YEU

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0719/2016/VZ-00709/2017/521/OPi

Brno: 5. ledna 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 24 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 16. 11. 2016, jehož účastníky jsou

- zadavatel – město Železná Ruda, IČO 00256358, se sídlem Klostermannovo náměstí 295, 340 04 Železná Ruda, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 28. 11. 2016 Mgr. Evou Strakovou, advokátkou, ev. č. ČAK 12128, Advokátní kancelář Volopich, Tomšíček & spol., s.r.o., IČO 02476649, se sídlem Vlastina 602/23, 323 00 Plzeň,
- navrhovatel – TRAVEL FREE, s.r.o., IČO 26739780, se sídlem Václavské nám. 53, 110 00 Praha 1, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 14. 11. 2016 společností Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1,
- vybraný uchazeč – T.G., a.s., IČO 45349088, se sídlem K Cihelnám 699/35a, 326 00 Plzeň, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 6. 12. 2016 JUDr. Josefem Pelechem, Ph.D., advokátem, ev. č. ČAK 09864, se sídlem Kardinála Berana 1157/32, 301 00 Plzeň 3,

ve věci návrhu ze dne 16. 11. 2016 na uložení zakazu plnění „Nájemní smlouvy“ uzavřené dne 17. 5. 2016 mezi cit. zadavatelem a cit. vybraným uchazečem na základě záměru cit. zadavatele ze dne 7. 8. 2015 pronajmout prostory a pozemky (blíže specifikované v daném záměru) za účelem provozování podnikatelské činnosti – maloobchodního prodeje zboží veřejnosti – uveřejněného na úřední desce zadavatele téhož dne,

**rozhodl** takto:

**Návrh navrhovatele** – TRAVEL FREE, s.r.o., IČO 26739780, se sídlem Václavské nám. 53, 110 00 Praha 1 – ze dne 16. 11. 2016 na uložení zakazu plnění „Nájemní smlouvy“ uzavřené dne 17. 5. 2016 mezi zadavatelem – město Železná Ruda, IČO 00256358, se sídlem Klostermannovo náměstí 295, 340 04 Železná Ruda – a vybraným uchazečem – T.G., a.s., IČO 45349088, se sídlem K Cihelnám 699/35a, 326 00 Plzeň – na základě záměru cit. zadavatele ze dne 7. 8. 2015 pronajmout prostory a pozemky (blíže specifikované v daném záměru) za účelem provozování podnikatelské činnosti – maloobchodního prodeje zboží veřejnosti – uveřejněného na úřední desce zadavatele téhož dne **se** podle § 25 odst. 4 písm. a) zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 25 odst. 1 nebo 2 citovaného koncesního zákona.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. POSTUP ZADAVATELE PŘI VÝBĚRU NÁJEMCE PRO UZAVŘENÍ NÁJEMNÍ SMLOUVY

1. Zadavatel – město Železná Ruda, IČO 00256358, se sídlem Klostermannovo náměstí 295, 340 04 Železná Ruda, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 28. 11. 2016 Mgr. Evou Strakovou, advokátkou, ev. č. ČAK 12128, Advokátní kancelář Volopich, Tomšíček & spol., s.r.o., IČO 02476649, se sídlem Vlastina 602/23, 323 00 Plzeň (dále jen „zadavatel“) – uveřejnil na své úřední desce dne 7. 8. 2015 záměr ve smyslu § 39 odst. 1 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů, z téhož dne<sup>1</sup> pronajmout „*prostory nacházející se v budově č. p. 7 (objekt občanské vybavenosti), která je součástí pozemku st. p. č. 105/1 (zastavěná plocha a nádvoří) o výměře 807 m<sup>2</sup>, kteréžto nemovitosti se nacházejí v k. ú. Alžbětín, obec Železná Ruda, část obce Alžbětín (dále jen „Budova“), a to*

- *prostory nacházející se v prvním nadzemním podlaží Budovy o celkové výměře 560 m<sup>2</sup>,*
- *prostory nacházející se ve druhém nadzemním podlaží Budovy o celkové výměře 25 m<sup>2</sup>,*
- *prostory nacházející se ve třetím nadzemním podlaží Budovy o celkové výměře 67 m<sup>2</sup>,*
- *schodiště vedoucí z prvního nadzemního podlaží Budovy do druhého nadzemního podlaží Budovy o výměře 15 m<sup>2</sup> a*
- *schodiště vedoucí z druhého nadzemního podlaží Budovy do třetího nadzemního podlaží Budovy o výměře 15 m<sup>2</sup>,*

*jejichž přesná specifikace je dostupná na internetových stránkách města Železná Ruda a v úředních hodinách v sídle Městského úřadu Železná Ruda (dále jen „Prostory“), a dále*

- *pozemek st. p. č. 105/2 (zastavěná plocha a nádvoří) o výměře 185 m<sup>2</sup> v k. ú. Alžbětín,*

---

<sup>1</sup> Dostupné na <http://www.sumavanet.cz/muruda/fr.asp?tab=muruda&id=2643&burl=&pt=UDUA>

- pozemek st. p. č. 105/3 (zastavěná plocha a nádvoří) o výměře 295 m<sup>2</sup> v k. ú. Alžbětín,
- pozemek p. č. 52/40 (ostatní plocha) o výměře 125 m<sup>2</sup> v k. ú. Alžbětín,
- pozemek p. č. 52/159 (ostatní plocha) o výměře 421 m<sup>2</sup> v k. ú. Alžbětín,
- pozemek p. č. 52/26 (parcela zjednodušené evidence – původ pozemkový katastr) o výměře 3493 m<sup>2</sup> v k. ú. Alžbětín,
- pozemek st. p. č. 108 (zastavěná plocha a nádvoří) o výměře 50 m<sup>2</sup> v k. ú. Alžbětín,
- pozemek st. p. č. 109 (zastavěná plocha a nádvoří) o výměře 23 m<sup>2</sup> v k. ú. Alžbětín a
- pozemek st. p. č. 110 o výměře 70 m<sup>2</sup> (zastavěná plocha a nádvoří) v k. ú. Alžbětín

(dále jen „Pozemky“),

a to za níže uvedených podmínek:

1) nejpozději do 24 měsíců od uzavření nájemní smlouvy nájemce na své náklady zajistí provedení změny dopravního řešení silnice I. třídy číslo 27, a to v souladu se studií dopravního řešení, která je dostupná na internetových stránkách města Železná Ruda a v úředních hodinách v sídle Městského úřadu Železná Ruda;

2) nejpozději do 24 měsíců od uzavření nájemní smlouvy nájemce na své náklady zajistí provedení rekonstrukce Budovy a úprav Pozemků, a to v souladu se studií, která je dostupná na internetových stránkách města Železná Ruda a v úředních hodinách v sídle Městského úřadu Železná Ruda;

3) Prostory budou nájemcem užívány výlučně za účelem provozování podnikatelské činnosti – maloobchodního prodeje zboží veřejnosti, přičemž nájemce bude povinen zajistit naplňování tohoto účelu počínaje prvním dnem měsíce následujícího po měsíci, ve kterém bude vydán kolaudační souhlas se stavebními úpravami Budovy a stavebními úpravami Prostor, popř. ve kterém bude povoleno předčasné užívání těchto stavebních úprav, po celou dobu trvání nájemního vztahu;

4) Nemovitosti budou nájemcem užívány výlučně za účelem zajištění přístupu a příjezdu nájemce a třetích osob k Budově, jakož i za účelem parkování motorových vozidel těchto osob;

5) pro případ porušení kterékoli z povinností uvedených v bodě 1) a 2) tohoto záměru nájemcem bude pronajímatel oprávněn od uzavřené nájemní smlouvy odstoupit a zároveň bude oprávněn požadovat po nájemci zaplacení smluvní pokuty ve výši 3 000,- Kč za každý den trvání prodlení se splněním předmětné povinnosti; zaplacením smluvní pokuty nebude dotčeno právo pronajímatele na náhradu škody;

6) pro případ porušení kterékoli z povinností uvedených v bodě 3) tohoto záměru nájemcem bude pronajímatel oprávněn od uzavřené nájemní smlouvy odstoupit a zároveň bude oprávněn požadovat po nájemci zaplacení smluvní pokuty ve výši 3 000,- Kč za každý den trvání prodlení s plněním předmětné povinnosti; zaplacením smluvní pokuty nebude dotčeno právo pronajímatele na náhradu škody;

7) nájemce akceptuje závazky, které pro město Železná Ruda plynou ze smlouvy o bezúplatném převodu nemovitostí, která byla mezi městem Železná Ruda a Českou republikou – Úřadem pro zastupování státu ve věcech majetkových uzavřena dne 17. 2. 2009; předmětná smlouva je dostupná na internetových stránkách města Železná Ruda a v úředních hodinách v sídle Městského úřadu Železná Ruda;

8) minimální výše nájemného za období do konce měsíce, ve kterém bude vydán kolaudační souhlas se stavebními úpravami Budovy a stavebními úpravami Prostor, popř. ve kterém bude povoleno předčasné užívání těchto stavebních úprav, bude činit:

a) za pronájem Prostor alespoň 48 000,- Kč ročně,

b) za pronájem Nemovitostí alespoň 12 000,- Kč ročně;

9) minimální výše nájemného za období prvního dne měsíce následujícího po měsíci, ve kterém bude vydán kolaudační souhlas se stavebními úpravami Budovy a stavebními úpravami Prostor, popř. ve kterém bude povoleno předčasné užívání těchto stavebních úprav, bude činit:

a) za pronájem Prostor alespoň 443 300,- Kč ročně,

b) za pronájem Nemovitostí alespoň 46 620,- Kč ročně;

10) nájemce převezme závazek ke každoročnímu navýšení sjednaného nájemného o roční míru inflace vyjádřenou přírůstkem průměrného ročního indexu spotřebitelských cen za uplynulý kalendářní rok vyhlášenou Českým statistickým úřadem;

11) nájemce si na vlastní náklady zajistí dodávky veškerých služeb a dalších plnění souvisejících s nájmem;

12) nájemce složí ve prospěch bankovního účtu pronajímatele finanční jistinu ve výši 100 000,- Kč zajišťující splnění veškerých finančních závazků nájemce po celou dobu trvání nájemního vztahu (včetně případných nároků pronajímatele na zaplacení smluvní pokuty či náhrady újmy);

13) nájemce se zaváže, že se s výjimkou spotřebitelských výherních soutěží zdrží provozování jakýchkoli hazardních her v pronajatých Prostorech a Nemovitostech, a to pod sankcí smluvní pokuty ve výši 10 000 000,- Kč za každé jednotlivé porušení;

14) nájemce se zaváže zachovat takový vnější vzhled Budovy, který se nebude výrazněji odlišovat od jejího vzhledu v době jejího vzniku, a to s ohledem na její historický význam;

15) nájemce se zaváže umožnit pronajímateli umístění pamětní desky připomínající vznik Budovy a její původní účel na vnějším plášti Budovy;

16) nájemce se zaváže neumožnit užívání pronajatých Prostor a Pozemků třetí osobě bez předchozího písemného souhlasu pronajímatele;

17) nájemce se zaváže umožnit uživatelům bytových jednotek nacházejících se v Budově užívání schodišť, které jsou součástí Prostor, a dále užívání čtyř parkovacích míst nacházejících se na Pozemcích;

18) nájemce se zaváže umožnit pronajímateli konat na Pozemcích společenské a vzpomínkové akce vztahující se zejména k historii Budovy, historii regionu Železnorudska

*a pádu Železné opony v rozsahu, který v průběhu jednoho kalendářního roku nepřekročí tři kalendářní dny;*

*19) nájemce se zaváže nabízet k prodeji v provozovně nacházející se v Prostorech vedle dalšího sortimentu tradiční české, jakož i regionální produkty;*

*20) nájemce se zaváže strpět umístění elektronické interaktivní informační tabule na Budově a umožnit její připojení k elektrické síti a síti Internet, a to po celou dobu trvání nájemního vztahu;*

*21) nájemce se zaváže umožnit pronajímateli umístit na pozemku nacházejícím se před Budovou (směrem ke státní hranici se Spolkovou republikou Německo) plastiku (sochu), event. billboard, reprezentující svým obsahem oblast Železnorudska či Šumavy, které svojí velikostí nepřesáhnou rozměry čelní stěny Budovy;*

*22) nájemce se zaváže neumísťovat na Pozemcích či Budově jakákoli reklamní sdělení bez předchozího písemného souhlasu pronajímatele;*

*23) nájemní vztah bude uzavřen [na] dobu určitou v délce trvání deseti let s tím, že je možné jej v případě zájmu na straně nájemce prodloužit o dobu dalších deseti let, a to nanejvýš dvakrát.“*

2. Z protokolu o hodnocení nabídek pořízeného dne 25. 3. 2016 vyplývá, že zadavatel obdržel celkem 5 nabídek, přičemž zadavatel na základě doporučení hodnotící komise uzavřel dne 17. 5. 2016 s uchazečem – T.G., a.s., IČO 45349088, se sídlem K Cihelnám 699/35a, 326 00 Plzeň, ve správním řízení zastoupena základě plné moci ze dne 6. 12. 2016 JUDr. Josefem Pelechem, Ph.D., advokátem, ev. č. ČAK 09864, se sídlem Kardinála Berana 1157/32, 301 00 Plzeň 3 (dále jen „vybraný uchazeč“ nebo „nájemce“), „Nájemní smlouvu“ (dále jen „Smlouva“) na dobu určitou v délce trvání deseti let (s možností dvojité prolongace).
3. Dne 16. 11. 2016 doručila Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) společnost TRAVEL FREE, s.r.o., IČO 26739780, se sídlem Václavské nám. 53, 110 00 Praha 1, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 14. 11. 2016 společností Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1 (dále jen „navrhovatel“), návrh na uložení zákazu plnění Smlouvy (dále jen „návrh“).

## **II. OBSAH NÁVRHU**

4. Navrhovatel je přesvědčen, že Smlouva naplňuje znaky koncesní smlouvy ve smyslu § 16 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „koncesní zákon“), a zadavatel tak měl postupovat k jejímu uzavření v koncesním řízení dle § 6 a násl. koncesního zákona.
5. Navrhovatel předně uvádí, že k naplnění pojmových znaků koncesní smlouvy musí dojít kumulativně, přičemž v této souvislosti odkazuje na rozhodnutí Úřadu ve věci sp. zn. S121/2008/VZ.
6. K pojmovému znaku koncesní smlouvy spočívajícímu v existenci závazku koncesionáře poskytovat služby nebo i provést dílo navrhovatel uvádí, že „v případě, kdy Nájemní smlouva

*obsahuje závazek pronajímatele<sup>2</sup> provést stavební úpravy [navrhovatel odkazuje na čl. VI. Smlouvy] na své vlastní náklady v souladu s dokumentací pro stavební povolení na akci „Přestavba bývalé celnice Alžbětín“, kterou si Město nechalo zpracovat, tak tento závazek odpovídá závazku provedení díla ve smyslu § 16 odst. 1 koncesního zákona.“ K čemuž dále podotýká, že „již Záměr Města uváděl podmínku uzavření Nájemní smlouvy, a to závazek nájemce, že tento do 24 měsíců od uzavření smlouvy na své náklady zajistí provedení změny dopravního řešení silnice I. třídy č. 27, a to v souladu se studií dopravního řešení Města, a rovněž že ve stejném časovém intervalu tento na své náklady zajistí provedení rekonstrukce budovy a úprav Pozemků, a v to v souladu se studií Města.“.*

7. Navrhovatel je taktéž přesvědčen, že Smlouva obsahuje závazek zadavatele umožnit koncesionáři brát užitky vyplývající z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla, popřípadě spolu s poskytnutím části plnění v penězích, který spatřuje v ustanovení čl. III. Smlouvy. V této souvislosti odkazuje na rozhodnutí Úřadu ve věci sp. zn. S847/2014/VZ.
8. Dle navrhovatele je naplněn rovněž pojmový znak koncesní smlouvy spočívající v přenosu podstatné části rizik spojených s braním užitku vyplývajících z poskytování služeb nebo využívání provedeného díla na koncesionáře (k tomu odkazuje na rozhodnutí Úřadu ve věci sp. zn. S65/2012/VZ a S212/2009/VZ), neboť „riziko poptávky po maloobchodních a restauračních činnostech na základě Nájemní smlouvy ponese pouze a výlučně společnost TG. Nájemní smlouva přitom žádným způsobem neřeší případnou kompenzaci neziskovosti provozování maloobchodních činností či restauračních zařízení ze strany Města, která by přenos rizika vylučovala.“
9. Pro úplnost navrhovatel odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R039/2008/02-17578/2008/310-Hr ze dne 27. 8. 2008 (dále jen „rozhodnutí předsedy Úřadu R039/2008“), které shledává přílehlavým k šetřené věci.
10. Navrhovatel je taktéž přesvědčen, že předpokládaný celkový příjem koncesionáře přesáhne částku ve výši 20 mil. Kč bez DPH zakládající povinnost zadavatele postupovat v koncesním řízení, přičemž tuto skutečnost dovozuje z kalkulace nájemného, které se vybraný uchazeč zavázal hradit, a doby trvání Smlouvy, která byla uzavřena na dobu určitou v délce trvání 10 let s možností dvojité prolongace. Současně navrhovatel poukazuje na skutečnost, že vybraný uchazeč ve své nabídce deklaroval připravenost k celkovým investičním nákladům ve výši 50 až 62 mil. Kč, z čehož navrhovatel dovozuje, že vybraný uchazeč „počítá“ s příjmem minimálně v této výši k pokrytí vynaložených investic. Nad to navrhovatel dále poukazuje na výši ročního nájemného, které nabídli ostatní uchazeči a které se dle navrhovatele pohybovalo v rozmezí 1,7 – 3 mil. Kč (na podporu svého tvrzení doručil navrhovatel Úřadu v rámci návrhu „Odpověď na žádost o poskytnutí informací dle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím ze dne 27. 8. 2015“, v rámci níž zadavatel uvedl identifikaci ostatních uchazečů a jimi nabídnutou výši nájemného). Tyto nabídnuté výše nájemného byly dle navrhovatele rovněž „stanoveny s očekáváním přinejmenším odpovídající částky jakožto příjem z poskytovaných činností na základě Nájemní smlouvy.“

---

<sup>2</sup> Zřejmě myšleno „nájemce“ – pozn. Úřadu

11. Navrhovatel navrhuje, aby Úřad uložil zadavateli zákaz plnění Smlouvy dle § 25 odst. 2 písm. a) koncesního zákona a pokutu za spáchání správního deliktu dle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona zadavatelem.

### III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

12. Podle § 24a koncesního zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, bylo správní řízení ve věci návrhu na uložení zákazu plnění Smlouvy zahájeno dnem 16. 11. 2016, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele.
13. Účastníky správního řízení podle § 24d koncesního zákona jsou:
  - zadavatel,
  - navrhovatel,
  - vybraný uchazeč.
14. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-S0719/2016/VZ-46387/2016/521/OPi ze dne 21. 11. 2016.
15. Usnesením č. j. ÚOHS-S0719/2016/VZ-46419/2016/521/OPi ze dne 22. 11. 2016 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které mohli navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
16. Dne 29. 11. 2016 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne k návrhu navrhovatele a dokumentaci vztahující se ke Smlouvě.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 29. 11. 2016 k návrhu navrhovatele**

17. Zadavatel v první řadě *„zcela popírá, že by svými právními a faktickými úkony popsányi Navrhovatelem naplnil předpoklady pro aplikaci koncesního zákona na proces, který předcházal uzavření Nájemní smlouvy, neboť v první řadě zde nejsou žádné služby, které by se Nájemce zavazoval Nájemní smlouvu poskytovat. Ostatně ani neexistují žádné služby, které by byl sám Zadavatel povinen nebo o své vlastní vůli chtěl poskytovat (ať již svým občanům nebo obecně třetím osobám), a které by se rozhodl napříště poskytovat prostřednictvím Nájemce. Stejně tak zde není ani žádné dílo, které by byl Zadavatel povinen nebo o své vlastní vůli chtěl provést, a které by se rozhodl nechat provést Nájemce.“*
18. Zadavatel rekapituluje, že vzhledem k tomu, že zaznamenal zájem podnikatelských subjektů o využití objektu bývalé celnice na hraničním přechodu Železná Ruda – Alžbětín, nechal *„zpracovat studii definující budoucí podobu vlastního objektu a jeho stavební úpravy potřebné pro jeho využití k obchodním funkcím, jakož i studii dopravního řešení v jeho okolí“,* a následně *„zveřejnil záměr objekt spolu se souvisejícími nemovitostmi pronajmout (...). Není to tedy tak, že by Zadavatel pojal rozhodnutí objekt určitým způsobem rekonstruovat a rozhodl se tohoto cíle dosáhnout naprosto absurdním obejitím zákona jeho přenecháním Nájemci, nýbrž vycházejí ze zájmu Nájemce (a spolu s ním dalších podnikatelů, Navrhovatele nevyjímaje), definoval podmínky, za kterých je ochoten tento objekt přenechat do nájmu tomu, kdo předloží nejlepší návrh na jeho smysluplné využití[,] a zpracovanými studiemi předem korigoval budoucí podnikatelské záměry jednotlivých zájemců.“*
19. Současně zadavatel dodává, že pokud *„v Záměru stanovil účel využívání nabízených nemovitostí, nedeklaroval tím v žádném případě záměr zavázat budoucího nájemce*

*k poskytování určitých služeb, nýbrž tím dal jasně najevo, že nepřipustí, aby byly v předmětu nájmu provozovány jiné činnosti, zejména ty, které se Zadavatel snaží na svém území dlouhodobě vymýtit (hazard mimo velká kasina, sexuální služby, prodejny kvalitativně odpovídající ‚stánkovému‘ tržištnímu prodeji, apod.). Maloobchodní prodej zboží zmíněný v Záměru proto není službou ve smyslu koncesního zákona, nýbrž limitem účelu užívání předmětu nájmu ve smyslu soukromoprávních předpisů.“*

20. *K jednotlivým pojmovým znakům koncesní smlouvy pak zadavatel uvádí, že v případě Smlouvy „neexistuje závazek Nájemce poskytovat jakékoliv služby (...),“ k čemuž zdůrazňuje, že „koncesní zákon neklade poskytování služeb a provedení díla vedle sebe jako dvě alternativy, (...) koncesní smlouvu vždy charakterizuje určitá služba, kterou se koncesionář zavazuje poskytovat a může, ale nemusí, ji doprovázet realizace určitého díla. (...) Zatímco tedy ne vždy koncese vyžaduje realizaci určitého díla, které by následné poskytování služeb podmiňovalo, naopak vždy a bezpodmínečně, má-li se jednat o koncesi, musí existovat závazek koncesionáře poskytovat určité služby; nikoliv nutně veřejné služby, vždy však služby, které se týkají některé z činností zadavatele.“*
21. *Pokud jde o provedení díla, pak zadavatel podotýká, že v šetřeném případě „nejde o úpravy, které by požadoval a měl v úmyslu realizovat Zadavatel, nýbrž o činnosti nezbytné k tomu, aby mohl budoucí nájemce předmět nájmu začít plnohodnotně užívat.“*
22. *K pojmovému znaku koncesní smlouvy spočívajícímu v závazku zadavatele umožnit koncesionáři brát užitky vyplývající z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla zadavatel uvádí, že pokud Smlouva neobsahuje závazek nájemce poskytovat služby, „[t]ím méně pak může Zadavatel Nájemci coby údajnému koncesionáři brání užitků z takových neexistujících služeb umožňovat.“ Ve vztahu ke sjednaným stavebním úpravám daného objektu pak zadavatel dodává, že „bylo věcí každého ze zájemců, jak velké investice do rozjezdu své podnikatelské činnosti v předmětu nájmu vloží, neboť Zadavatelem poskytnuté studie vytvářejí pouze rámec, ve kterém se zájemci museli pohybovat. Naproti tomu dílo ve smyslu koncesního zákona by muselo být dostatečně určitě vymezeno, aby jako takové mohlo být následně Zadavatelem soutěženo.“*
23. *K pojmovému znaku koncesní smlouvy spočívajícímu v přenosu podstatné části rizik spojených s bráním užitků vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla na koncesionáře zadavatel sděluje, že „typická nájemní smlouva neobsahuje žádné ustanovení, které by nájemci umožňovalo požadovat po pronajímateli kompenzace pro případ nefungujícího podnikatelského záměru. Napadená Nájemní smlouva je přitom nájemní smlouvou jako jakákoliv jiná smlouva[,] a proto z logiky věci žádné takové ustanovení také neobsahuje.“*
24. *Zadavatel dále v rámci svého vyjádření reaguje na navrhovatelem zmíněné rozhodnutí předsedy Úřadu R039/2008, přičemž nesouhlasí s jeho aplikovatelností na šetřený případ.*
25. *Zadavatel se taktéž domnívá, že za podáním předmětného návrhu u Úřadu je snaha navrhovatele omezit konkurenční prostředí v Železné Rudě. Tohoto cíle se navrhovatel snaží dosáhnout dle zadavatele i v součinnosti se společností ORI spol. s r.o., IČO 18239081, se sídlem Borského 989/1, 152 00 Praha 5 (dále jen „společnost ORI“), a to různými prostředky v rámci nejrůznějších správních řízení a podáním civilní žaloby, kterou se domáhá*



určení neplatnosti Smlouvy. Na podporu svého tvrzení zadavatel Úřadu doručil v rámci svého vyjádření následující dokumenty:

- „Žaloba na zrušení rozhodnutí Ministerstva pro místní rozvoj ze dne 2. 6. 2016, č. j. MMR-45808/2015-83/3368“ ze dne 27. 6. 2016 (žalobce: společnost ORI; žalovaný: Česká republika – Ministerstvo pro místní rozvoj; soud: Městský soud v Praze, Hybernská 18, 111 21 Praha 1),
  - „Žaloba o určení neplatnosti smlouvy a návrh na vydání předběžného opatření“ ze dne 4. 7. 2016 (žalobce: navrhovatel; žalovaný: zadavatel + vybraný uchazeč; soud: Okresní soud v Klatovech, Dukelská ulice 138/III, 339 01 Klatovy),
  - „Žádost o určení právního vztahu dle § 142 správního řádu – doplnění žádosti“ ze dne 9. 9. 2016 (žadatel: společnost ORI; adresát: Městský úřad Železná ruda, odbor výstavby – stavební úřad, Klostermannovo nám. 295, 340 04 Železná Ruda),
  - „Opakovaná výzva k zastavení prací na stavbě nazvané ‚Přestavba bývalé celnice‘“ ze dne 9. 9. 2016 (žadatel: společnost ORI; adresát: Městský úřad Železná ruda, odbor výstavby – stavební úřad, Klostermannovo nám. 295, 340 04 Železná Ruda),
  - „Doplnění podnětu ze dne 24. 8. 2016 k zahájení přezkumného řízení ohledně rozhodnutí Městského úřadu Železná Ruda, odboru výstavby – stavební úřad, č. j. VÚP/1399/16/29-330/3 ze dne 15. 6. 2016 o povolení stavby ‚Přestavba bývalé celnice – SO 01 – Stavební objekt‘“ ze dne 9. 9. 2016 (podatel: společnost ORI; adresát: Krajský úřad Plzeňského kraje, odbor regionálního rozvoje prostřednictvím Městského úřadu Železná ruda, odboru výstavby – stavebního úřadu, Klostermannovo nám. 295, 340 04 Železná Ruda).
26. V případě, že by Úřad vyhodnotil Smlouvu jako koncesní smlouvu, uvádí zadavatel důvody hodné zvláštního zřetele pro pokračování plnění Smlouvy, jímž je současný stav daného objektu, u něhož již *„došlo k obnažení vnějšího pláště budovy a stržení části původních konstrukcí“* (zadavatel doručil Úřadu v této věci v rámci svého vyjádření příslušnou fotodokumentaci), a hrozí tak *„degradace původní i nové stavby, které by nebylo možné zabránit jinak než vynaložením mnohamilionových investic do dokončení započatých stavebních prací, které však nejsou v rozpočtových možnostech Zadavatele a navíc by představovaly marně vynaložené náklady, neboť Zadavatel nemá pro tento objekt jiné vlastní využití. Navíc by v mezidobí docházelo k ohrožení osob a majetku v blízkosti rozestavěného objektu jednotlivými nezajištěnými konstrukčními prvky.“*. Současně zadavatel upozorňuje, že součástí daného objektu jsou taktéž bytové jednotky, z nichž 2 jsou obývány nájemci (zadavatel dokládá v rámci svého vyjádření nájemní smlouvu k bytové jednotce uzavřenou dne 30. 10. 2009 mezi zadavatelem a V. Š., a dohodu o zvýšení nájemného ze dne 10. 4. 2011 uzavřenou mezi zadavatelem a F. Š.), pro které nemá zadavatel náhradní ubytování, přičemž zakonzervování objektu by vedlo k neobyvatelnosti daných bytových jednotek.
27. Vzhledem ke všemu výše uvedenému zadavatel navrhuje, aby Úřad předmětné správní řízení podle § 24f písm. e) koncesního zákona zastavil.

#### **Další průběh správního řízení**

28. Dne 2. 12. 2016 obdržel Úřad vyjádření vybraného uchazeče z téhož dne k návrhu navrhovatele.

**Vyjádření vybraného uchazeče ze dne 2. 12. 2016 k návrhu navrhovatele**

29. Vybraný uchazeč ve svém vyjádření předně uvádí, že sledává postup navrhovatele za účelový, neboť navrhovatel ani ve vyjádření ze dne 18. 5. 2016 k výsledku výběru nájemce zaslaném členům zastupitelstva zadavatele, ani v návrhu podaném u Okresního soudu v Klatovech na nařízení předběžného opatření, kterým by měla být vybranému uchazeči uložena povinnost zdržet se provádění stavebních úprav na nemovitostech, jež jsou předmětem nájmu (obě uvedené listiny doručil vybraný uchazeč Úřadu v rámci svého vyjádření), neargumentuje tím, že by měl postup zadavatele při výběru nejvhodnější nabídky podléhat koncesnímu zákonu. V této souvislosti vybraný uchazeč podotýká, že jmenovaný soud předmětný návrh navrhovatele zamítl, což dokládá usnesením daného soudu č. j. 4 C 150/2016-15 ze dne 7. 7. 2016. V souvislosti s namítanou účelovostí postupu navrhovatele vybraný uchazeč dále upozorňuje na to, že navrhovatel nevyužil v průběhu výběru nejvhodnější nabídky žádného institutu obsaženého v koncesním zákoně (např. podání návrhu ve smyslu § 24b koncesního zákona či návrhu na nařízení předběžného opatření ve smyslu § 24e koncesního zákona) a taktéž na to, že navrhovatel doručil návrh k Úřadu předposlední den šestiměsíční lhůty stanovené v § 24b odst. 4 koncesního zákona (vybraný uchazeč se však rovněž domnívá, že navrhovatel nedoručil návrh Úřadu ve lhůtě 30 kalendářních dnů – blíže stanovené v témže ustanovení koncesního zákona – neboť skutečnost, s kým bude uzavřena Smlouva, se dozvěděl již 11. 5. 2016 z oznámení o výběru nájemce).
30. K samotné Smlouvě pak vybraný uchazeč uvádí, že ta nenaplnuje znaky koncesní smlouvy ve smyslu § 16 koncesního zákona, neboť *„se jedná o nájemní smlouvu, jejímž předmětem je pronájem předmětných nemovitostí, a nikoli poskytnutí služeb nebo provedení díla. V nájemní smlouvě je jednoznačně v článku II – Předmět smlouvy – uvedeno, že nájemní smlouvou přenechává pronajímatel (město Železná Ruda) nájemci (společnosti T.G., a.s.) k užívání pozemky a prostory, které jsou specifikovány v čl. II. odst. 1 a 2 nájemní smlouvy, přičemž nájemce (...) se v čl. II. odst. 3 smlouvy zavázal za přenechání Předmětu nájmu k užívání hradit pronajímateli (...) nájemné (...). Na této skutečnosti nic nemění ani vedlejší ustanovení nájemní smlouvy, kter[á] pouze stanovují rámeček stavebních úprav, které může nájemce provádět tak[,] aby pronajaté prostory přizpůsobil účelu užívání (tedy jeho podnikatelské činnosti). Konkrétní prováděné úpravy tak vyvstávají z potřeby společnosti T.G., a.s.[,] přizpůsobit pronajaté prostory k její podnikatelské činnosti, a nikoli z požadavku města Železná Ruda, které pouze stanovilo rámeček těchto úprav. Nájemní smlouvou se společnost T.G., a.s.[,] ani nezavázala k tomu, že bude poskytovat služby. Ustanovení nájemní smlouvy stanovující účel užívání pronajatých nemovitostí a prostor pouze stanovuje limity, ve kterých se musí společnost T.G., a.s.[,] při své podnikatelské činnosti, kterou bude provádět v pronajatých prostorách, pohybovat a které nesmí překročit.“*
31. Vybraný uchazeč dále podotýká, že úplatnost je ve Smlouvě *„koncipována opačně, než předpokládá § 16 odst. 1 koncesního zákona, neboť úplatu je povinna zajistit (v tomto případě přímo platit) společnost T. G., a.s.[,] a nikoli město Železná Ruda. Město Železná Ruda nejenom, že bude příjemce úplaty ze strany společnosti T.G., a.s., ale ani se v nájemní smlouvě nikde nezavázalo, tak jak to předpokládá § 16 odst. 1 koncesního zákona, umožnit koncesionáři brát užitky vyplývající k poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla,*

*popřípadě poskytovat část plnění v penězích. Nájemní smlouva tak nesplňuje ani druhou podmínku, kterou stanovuje § 16 koncesního zákona.“*

32. Vybraný uchazeč je přesvědčen, že není naplněna ani podmínka stanovená v § 16 odst. 2 koncesního zákona. Smlouva je dle vybraného uchazeče „zcela standardní nájemní smlouvou, neboť v případě, že je prostor pronajímán za účelem podnikatelské činnosti, nemůže pronajímatel garantovat nájemci, že jeho podnikatelská činnost v pronajatých prostorách (které si například upravil tak[,]) aby vyhovovaly jeho podnikatelské činnosti) bude úspěšná a bude vykazovat zisk vyšší, než činní nájemné[,]) případně investice do stavebních úprav.“.
33. Na závěr svého vyjádření vybraný uchazeč uvádí důvody, pro které by Úřad, pokud by shledal, že se v šetřeném případě jedná o koncesní smlouvu, neměl ukládat zákaz plnění Smlouvy.
34. Vybraný uchazeč navrhuje, aby Úřad předmětné správní řízení podle § 24f písm. e) koncesního zákona zastavil, případně aby návrh podle § 25 odst. 4 koncesního zákona zamítl.

#### **Další průběh správního řízení**

35. Dne 7. 12. 2016 obdržel Úřad oznámení vybraného uchazeče o převzetí jeho právního zastoupení před Úřadem JUDr. Josefem Pelechem, Ph.D., advokátem, ev. č. ČAK 09864, spolu s příslušnou plnou mocí ze dne 6. 12. 2016.
36. Usnesením č. j. ÚOHS-S0719/2016/VZ-48640/2016/521/OPi ze dne 9. 12. 2016 stanovil Úřad účastníkům správního řízení lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
37. Dne 12. 12. 2016 obdržel Úřad žádost navrhovatele o nahlížení do spisu předmětného správního řízení.
38. Dne 13. 12. 2016 nahlédl navrhovatel (Roman Ustohal na základě plné moci ze dne 12. 12. 2016) do spisu předmětného správního řízení.
39. Dne 19. 12. 2016 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele ze dne 16. 12. 2016. Zadavatel ani vybraný uchazeč se ve lhůtě stanovené usnesením Úřadu č. j. ÚOHS-S0719/2016/VZ-48640/2016/521/OPi ze dne 9. 12. 2016 ani později k podkladům rozhodnutí nevyjádřili.

#### **Vyjádření navrhovatele ze dne 16. 12. 2016**

40. Navrhovatel v předmětném vyjádření reaguje zejména na vyjádření zadavatele ze dne 29. 11. 2016 k návrhu navrhovatele a vyjádření vybraného uchazeče ze dne 2. 12. 2016 k návrhu navrhovatele.
41. Navrhovatel předně upozorňuje, že zadavatel i vybraný uchazeč „zcela záměrně odhlíží od faktických dopadů a od realizačních závazků, které Nájemní smlouva představuje a vyvolává“, přičemž podotýká, že z příslušné judikatury<sup>3</sup> vyplývá, že „je nutné oprostít se od pouhé formální stránky posouzení věci (přezkoumávaných smluv) a přihlédnout jednoduše k ekonomické a faktické realitě daného případu.“.

---

<sup>3</sup> Navrhovatel odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 35/2012-48 ze dne 18. 4. 2013 a rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 Afs 60/2009-78 ze dne 31. 5. 2010.

42. Navrhovatel dále odmítá názor zadavatele ohledně dikce § 16 odst. 1 koncesního zákona (tj. koncesní smlouva vždy vyžaduje závazek koncesionáře poskytovat služby, ale již ne realizaci díla), neboť „samotný koncesní zákon počítá s existencí koncesních smluv na stavební práce, např. v rámci ustanovení § 14 koncesního zákona, a rovněž důvodová zpráva ke koncesnímu zákonu s odkazem na interpretační sdělení Komise<sup>4</sup> uvádí, že je vždy třeba rozlišovat, co je hlavním předmětem koncesní smlouvy, tedy zda stavba (stavební práce) či služba. Dále je možné odkázat na směrnici Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26. 2. 2014 o udělování koncesí (...), která v rámci ustanovení článku 5 odst. 1) uvádí, že koncesemi se rozumějí koncese na stavební práce nebo na služby. Toto dělení pak rovněž zná zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (...), který nahradil koncesní zákon.“.
43. Současně je navrhovatel názoru, že pokud zadavatel ve Smlouvě „uděluje Vybranému uchazeči souhlas s realizací stavebních úprav v rozsahu vymezeném v dokumentaci pro stavební povolení na akci ‚Přestavba bývalé celnice Alžbětín‘, kterou si nechal Zadavatel vyhotovit, a pokud je dle Nájemní smlouvy Vybraný uchazeč povinen realizovat tyto stavební úpravy v souladu s touto dokumentací, naplňuje tato smlouva znak zadání stavebních prací, (...)“, přičemž v této souvislosti odkazuje na čl. 5 odst. 7 výše uvedené směrnice 2014/23/EU, v němž je uvedeno, že provedením stavebních prací se mj. rozumí „provedení stavebního záměru jakýmkoli prostředky v souladu s požadavky stanovenými veřejným zadavatelem či zadavatelem, který má rozhodující vliv na druh nebo projekt stavby.“.
44. K tomu navrhovatel s odkazem na rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci C-536/07 ze dne 29. 10. 2009 dodává, že „i uzavřený závazkový vztah mezi zadavatelem a dodavatelem v podobě nájemní smlouvy může představovat zadání stavebních prací, (...)“.
45. Navrhovatel taktéž poukazuje na to, že vybranému uchazeči bude umožněno brát užítky z využívání provedeného díla, neboť „provedení stavebních prací, ke kterým je Vybraný uchazeč Nájemní smlouvou zavázán, bude financováno prostřednictvím podnikatelské činnosti Vybraného uchazeče v předmětu Nájemní smlouvy, (...). Pokud přitom Zadavatel uvádí, že maloobchodní činnosti žádným způsobem nesouvisí s činností Zadavatele coby obce, a že proto nemůže Nájemní smlouva představovat koncesní smlouvu ve smyslu koncesního zákona, Navrhovatel si dovoluje odkázat na činnosti spočívající v provozování parkovacích ploch vybudovaných koncesionářem coby typická činnost a smluvní vztah představující koncesní smlouvu, kdy provozování parkovacích ploch rovněž nemusí výhradně souviset s činností obce a představuje též soukromoprávní podnikatelskou činnost.“.
46. Navrhovatel dále setrvává na tom, že Smlouva naplňuje i pojmový znak koncesní smlouvy dle § 16 odst. 2 koncesního zákona spočívající v přenesení podstatné části rizik spojených s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla na koncesionáře. Navrhovatel připouští, že „typická nájemní smlouva v sobě implicitně zahrnuje přenos ekonomických rizik souvisejících s podnikatelskou činností provozovanou v předmětu nájemní smlouvy. Typická nájemní smlouva však již standardně nezahrnuje závazek Vybraného uchazeče k provedení stavebních prací, které byly zadány Zadavatelem.“.

<sup>4</sup> Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o zadávání veřejných zakázek a koncesích ze dne 15. 11. 2005.

47. K aplikovatelnosti rozhodnutí předsedy Úřadu R039/2008 na daný případ pak navrhovatel poukazuje na skutečnost, že pokud se předmětné rozhodnutí předsedy Úřadu „*týkalo ‚revitalizace‘ majetku Českých drah, a.s., stejně tak se dle Navrhovatele v případě stavebních prací na tak významném objektu, který areál bývalé celnice Alžbětín ve vlastnictví Zadavatele jistě představuje, a to i vzhledem k tvrzení Zadavatele, může jednat o ‚revitalizaci‘ objektu, rovněž s přihlédnutím k rozsahu podnikatelských činností, které zde budou následně provozovány.*“.
48. Na závěr navrhovatel odmítá tvrzení zadavatele a vybraného uchazeče o namítaném šikanózním postupu navrhovatele a shledává „*tato tvrzení za zcela bezpředmětná pro dané správní řízení.*“.
49. S ohledem na vše výše uvedené navrhovatel setrvává na svém návrhu, aby Úřad uložil zadavateli zákaz plnění Smlouvy dle § 25 odst. 2 písm. a) koncesního zákona a pokutu za spáchání správního deliktu dle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona zadavatelem.

#### IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

50. Úřad přezkoumal na základě § 24 a násl. ustanovení koncesního zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména Smlouvy a vyjádření účastníků správního řízení, rozhodl podle § 25 odst. 4 písm. a) koncesního zákona o zamítnutí návrhu navrhovatele ze dne 16. 11. 2016 na uložení zakazu plnění „Nájemní smlouvy“ uzavřené dne 17. 5. 2016 mezi zadavatelem a vybraným uchazečem na základě záměru zadavatele ze dne 7. 8. 2015 pronajmout prostory a pozemky (blíže specifikované v daném záměru) za účelem provozování podnikatelské činnosti – maloobchodního prodeje zboží veřejnosti – uveřejněného na úřední desce zadavatele téhož dne, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 25 odst. 1 nebo 2 koncesního zákona. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

#### Relevantní ustanovení koncesního zákona

51. Podle § 1 koncesního zákona tento zákon upravuje podmínky a postup veřejného zadavatele při uzavírání koncesních smluv v rámci spolupráce mezi veřejnými zadavateli a jinými subjekty, pokud tyto podmínky a postup neupravuje zvláštní právní předpis. Tento zákon dále zapracovává příslušné předpisy Evropských společenství<sup>5</sup>.
52. Podle § 3a koncesního zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
53. Podle § 5 odst. 1 koncesního zákona zadavatel vybere koncesionáře pro uzavření koncesní smlouvy v koncesním řízení.
54. Podle § 5 odst. 2 koncesního zákona nemusí zadavatel postupovat podle této části zákona<sup>6</sup>, činí-li předpokládaný příjem koncesionáře méně než 20 000 000 Kč bez daně z přidané hodnoty, zadavatel je však povinen dodržet zásady uvedené v § 3a koncesního zákona.

<sup>5</sup> Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby.

Směrnice Komise 2005/51/ES ze dne 7. září 2005, kterou se mění příloha XX směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES a příloha VIII směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES o veřejných zakázkách.

<sup>6</sup> Část druhá „Koncesní řízení“ – pozn. Úřadu

55. Podle § 16 odst. 1 koncesního zákona se koncesní smlouvou koncesionář zavazuje poskytovat služby nebo i provést dílo a zadavatel se zavazuje umožnit koncesionáři brát užitky vyplývající z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla, popřípadě spolu s poskytnutím části plnění v penězích.
56. Podle § 16 odst. 2 koncesního zákona podstatnou část rizik spojených s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla nese koncesionář; rozdělení ostatních rizik mezi zadavatele a koncesionáře stanoví koncesní smlouva.
57. Podle § 24b odst. 2 koncesního zákona po uzavření koncesní smlouvy lze podat návrh pouze proti uzavření koncesní smlouvy bez předchozího uveřejnění koncesního řízení nebo proti porušení zákazu uzavření koncesní smlouvy.
58. Podle § 24b odst. 4 koncesního zákona musí být návrh doručen Úřadu a ve stejnopisu zadavateli do 10 kalendářních dnů ode dne, v němž navrhovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitkám nevyhověl. Návrh na uložení zákazu plnění koncesní smlouvy podle § 24b odst. 2 koncesního zákona musí být doručen pouze Úřadu, a to do 30 kalendářních dnů ode dne, kdy zadavatel uveřejnil oznámení o výsledku koncesního řízení způsobem podle § 31 odst. 3 s uvedením důvodu pro uzavření koncesní smlouvy bez uveřejnění oznámení koncesního řízení, nejpozději však do 6 měsíců od uzavření této koncesní smlouvy.
59. Podle § 25 odst. 1 koncesního zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený tímto zákonem, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření koncesní smlouvy, Úřad uloží nápravné opatření tím, že zruší koncesní řízení nebo jednotlivý úkon zadavatele
60. Podle § 25 odst. 2 koncesního zákona Úřad svým rozhodnutím na základě návrhu podle § 24b koncesního zákona uloží zákaz plnění koncesní smlouvy, pokud se zadavatel
  - a) dopustí správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona, s výjimkou případů, kdy zadavatel uveřejnil dobrovolné oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 31 odst. 3 koncesního zákona a postupoval v souladu s § 12 odst. 4 koncesního zákona a § 12 odst. 5 koncesního zákona, nebo
  - b) dopustí správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. a) koncesního zákona a současně správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. d) koncesního zákona.
61. Podle § 25 odst. 4 koncesního zákona Úřad návrh zamítne, pokud
  - a) nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 25 odst. 1 nebo 2 koncesního zákona, nebo
  - b) byly zjištěny důvody pro uložení zákazu plnění smlouvy podle § 25 odst. 2 koncesního zákona, ale zadavatel prokáže naplnění důvodů hodných zvláštního zřetele vyžadujících pokračování plnění smlouvy podle § 25 odst. 3 koncesního zákona.
62. Podle § 27 odst. 1 písm. a) koncesního zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře koncesní smlouvu.

63. Podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že uzavře koncesní smlouvu bez uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení podle § 31 odst. 4 koncesního zákona.
64. Podle § 27 odst. 1 písm. d) koncesního zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že uzavře koncesní smlouvu v rozporu se zákazem jejího uzavření podle § 12 odst. 3 koncesního zákona a § 12 odst. 4 koncesního zákona anebo v rozporu s předběžným opatřením dle § 24e odst. 1 koncesního zákona.

#### **Právní posouzení**

65. Úřad se na tomto místě předně vyjádří k vybraným uchazečem namítané opožděnosti návrhu (viz bod 29. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
66. Úřad uvádí, že z § 24b odst. 4 koncesního zákona jednoznačně vyplývá, že návrh na uložení zákazu plnění koncesní smlouvy musí být doručen Úřadu ve lhůtě do 30 kalendářních dnů ode dne, kdy zadavatel uveřejnil oznámení o výsledku koncesního řízení způsobem podle § 31 odst. 3 koncesního zákona s uvedením důvodu pro uzavření koncesní smlouvy bez uveřejnění oznámení koncesního řízení. Nejedná se tedy o lhůtu subjektivní, jak se domnívá vybraný uchazeč, nýbrž o lhůtu objektivní, neboť dle koncesního zákona není rozhodné, kdy se navrhovatel o uveřejnění oznámení o výsledku koncesního řízení dozví; rozhodný je jen okamžik takového uveřejnění sám o sobě coby objektivní skutečnost. Dotčené ustanovení koncesního zákona však přiznává navrhovateli pro případ, že zadavatel neuveřejnil oznámení o výsledku koncesního řízení stanoveným způsobem, možnost doručit návrh Úřadu ve lhůtě 6 měsíců od uzavření koncesní smlouvy, jejíhož zákazu plnění se navrhovatel domáhá (i v takovém případě se jedná o lhůtu objektivní, která se uplatní v případě, že zadavatel výsledek koncesního řízení zákonem předvídaným způsobem neuveřejní).
67. V šetřeném případě zadavatel neuveřejnil oznámení o výsledku koncesního řízení koncesním zákonem předvídaným způsobem, a navrhovatel tak byl oprávněn doručit Úřadu předmětný návrh do 6 měsíců od uzavření Smlouvy, tj. do 17. 11. 2016. Vzhledem k tomu, že navrhovatel doručil návrh Úřadu dne 16. 11. 2016, byl tento doručen v souladu s § 24b odst. 4 koncesního zákona.
68. Nyní Úřad přistoupí k samotnému právnímu posouzení šetřené věci, jehož esencí je posouzení toho, zda Smlouva naplňuje pojmové znaky koncesní smlouvy stanovené v § 16 odst. 1 a 2 koncesního zákona, k jejichž naplnění musí dojít kumulativně, a zda se tedy jedná o koncesní smlouvu ve smyslu koncesního zákona, tzn. zda smluvní ujednání předmětné Smlouvy obsahují, resp. z nich vyplývá (1.) závazek koncesionáře poskytovat služby nebo i provést dílo, (2.) závazek zadavatele umožnit koncesionáři brát užitky vyplývající z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla, popřípadě spolu s poskytnutím části plnění v penězích, a (3.) přenesení podstatné části rizik spojených s braním užitek vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla na koncesionáře. Pokud by Úřad dospěl k závěru, že Smlouva je smlouvou koncesní ve smyslu koncesního zákona, musel by následně posoudit, zda předpokládaný příjem koncesionáře vyplývající z realizace koncesní smlouvy dosahuje hodnoty minimálně 20 mil. Kč bez DPH zakládající povinnost zadavatele postupovat při výběru koncesionáře pro uzavření koncesní smlouvy v koncesním řízení.

*K závazku koncesionáře poskytovat služby nebo i provést dílo*

69. Úřad souhlasí s tím, že nikdy nelze posuzovat závazek jen po formální stránce, ale je nezbytné se zabývat obsahem koncesní smlouvy a pečlivě posuzovat vymezení a obsah závazku. Úřad uvádí, že za závazek koncesionáře se, jak vyplývá z dikce § 16 odst. 1 koncesního zákona, považuje závazek poskytovat služby (vzhledem k tomu, že koncesní smlouva je smlouvou obecnou, může se týkat jakékoli činnosti, kterou zadavatel vykonává, a jejím předmětem tak nemusí být výlučně služby veřejné) nebo i provést dílo, přičemž závazek koncesionáře poskytovat služby je obligatorní náležitostí koncesní smlouvy. Obsahem koncesní smlouvy může být – ale nemusí – taktéž závazek koncesionáře provést dílo, avšak pakliže není ve smlouvě nutně obsažen i závazek koncesionáře poskytovat služby, není naplněn pojmový znak koncesní smlouvy dle § 16 odst. 1 koncesního zákona.
70. V souvislosti s výše uvedeným lze odkázat taktéž na odbornou literaturu, která se k dané problematice vyjadřuje obdobně, když např. uvádí, že „*[k]oncesní zákon akcentuje poskytování služeb, předpokladem tohoto poskytování může být provedení díla, není to však určující. Závazkem koncesionáře se tak rozumí jakákoli kombinace poskytování služeb a provedení díla, popř. samostatné poskytování služeb*“<sup>7</sup>, nebo že „*(...) pro koncesní smlouvy je typické, že jejich účelem není pouze provedení určitého díla, nýbrž i zajištění jeho provozu. Řada (resp. většina) koncesních smluv tak bude obsahovat jak prvek provedení díla, tak i poskytování služeb spojených s jeho provozem.*“<sup>8</sup>.
71. Úřad nikterak nerozporuje tvrzení navrhovatele, že koncesní zákon počítá s existencí koncesních smluv na stavební práce, avšak i v případě těchto smluv je nezbytné pro naplnění pojmového znaku koncesní smlouvy dle § 16 odst. 1 koncesního zákona, aby smlouva kromě závazku koncesionáře provést dílo (stavební práce) obsahovala i závazek koncesionáře poskytovat služby. S tím ostatně není nikterak v rozporu ani navrhovatelem zmiňované ustanovení § 14 koncesního zákona, neboť dotčené ustanovení pojednává o koncesní smlouvě, jejímž hlavním (nikoli tedy jediným) předmětem jsou stavební práce. Jedná se o takovou koncesní smlouvu, jejímž obsahem je kromě jejího hlavního předmětu, tj. závazku koncesionáře vybudovat (příp. rekonstruovat) určitou stavbu (náklady na stavební práce mohou – ale nemusí – být hrazeny z prostředků koncesionáře) pro realizaci dané služby, taktéž závazek koncesionáře danou službu poskytovat. S tímto koresponduje i důvodová zpráva ke koncesnímu zákonu, na kterou navrhovatel v této souvislosti odkazuje a v níž je k § 17 koncesního zákona v poznámce pod čarou uvedeno, že „*[i]nterpretační sdělení komise vychází z názoru, že je třeba vždy rozlišovat, co je hlavním předmětem koncesní smlouvy, zda stavba nebo služba.*“.
72. Pakliže navrhovatel v této souvislosti dále odkazuje na čl. 5 odst. 1 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26. 2. 2014 o udělování koncesí (dále jen „Směrnice 2014/23/EU“), v němž je uvedena jak definice koncese na stavební práce, tak koncese na služby, což dle navrhovatele dokládá existenci dělení koncesí právě na stavební práce (bez toho, aby byl ve smlouvě obsažen nutně i závazek koncesionáře poskytovat služby) a na

<sup>7</sup> DAVIDOVÁ, J., TOPENČÍK, M. *Koncesní zákon – komentář*. 1.vyd. Praha: ABF – nakladatelství ARCH, 2007. s. 124 – 125. ISBN 80-86905-27-6

<sup>8</sup> KRUTÁK, T., DVOŘÁK, D., VACEK, L., *Zákon o koncesních smlouvách a koncesním řízení. Komentář*. 1. vyd. Praha: C.H.Beck, 2006. s. 126. ISBN 80-7179-418-X



služby, pak Úřad k tomu uvádí, že z § 1 koncesního zákona mj. zcela jasně vyplývá, že koncesní zákon zapracovává příslušné předpisy Evropských společenství, tj. Směrnici Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, a Směrnici Komise 2005/51/ES ze dne 7. září 2005, kterou se mění příloha XX směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES a příloha VIII směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES o veřejných zakázkách, avšak nikoli návrhovatelem zmíněnou Směrnicí 2014/23/EU (dle čl. 51 odst. 1 Směrnice 2014/23/EU byly členské státy povinny uvést v účinnost právní a správní předpisy nezbytné pro dosažení souladu s danou směrnicí do 18. 4. 2016). Úřad nezastírá, že Směrnice 2014/23/EU dané definice obsahuje (resp. rozlišuje dělení koncesí), avšak tato nebyla ke dni uzavření Smlouvy transponována do koncesního zákona, který definuje pouze institut koncesní smlouvy (v § 16 koncesního zákona) a z něhož musí Úřad při právním posouzení šetřeného případu vycházet.

73. V této souvislosti Úřad odkazuje např. na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 32/2010-286 ze dne 3. 6. 2010, v němž citovaný soud mj. judikoval: *„Povinnost výkladu vnitrostátního práva v souladu s nesprávně nebo vůbec netransponovanou směrnicí pak spočívá v tom, že orgán aplikující právo v členských státech je povinen dát přednost tomu z výkladů, který je v souladu s netransponovanou nebo nesprávně transponovanou směrnicí přesto, že vnitrostátní pravidla určující hierarchii mezi jednotlivými výkladovými metodami vedou k určení jako rozhodného jiného z možných výkladů. Pokud ovšem takový výklad ‚podle směrnice‘ není jedním z možných výkladů ‚podle textu vnitrostátní právní normy‘, nelze eurokonformního výkladu využít, neboť povinnost vykládat vnitrostátní právo v souladu se směrnicí nejde zásadně tak daleko, že by vnitrostátní aplikační autority mohla nutit k interpretaci vnitrostátní právní normy contra legem (byť v této otázce lze dovodit i v judikatuře ESD jisté váhání, viz shora). To by odporovalo zásadě právní jistoty.“*
74. S ohledem na výše uvedenou judikaturu je tak zřejmé, že v případě rozporu koncesního zákona a Směrnice 2014/23/EU v otázce pojmových znaků koncesní smlouvy nesmí dát Úřad přednost znění dané směrnice, neboť pakliže by tak Úřad učinil, postupoval by jednoznačně v rozporu s vnitrostátním právem účinným v době uzavření Smlouvy.
75. Nutnost postupovat v přísném souladu se zásadou právní jistoty je v této souvislosti ještě dále akcentována tím, že předpokladem uložení zákazu plnění koncesní smlouvy je podle § 25 odst. 2 koncesního zákona rozhodnutí o tom, že se zadavatel dopustil správního deliktu. Úřad by se tedy v případě, že by chtěl upřednostnit eurokonformní výklad, dostal do situace, kdy by rozhodoval *contra legem* v deliktním řízení, čímž by atakoval základní zásadu *nullum crimen sine lege*. Jinými slovy řečeno: shledal by případně zadavatele odpovědného za spáchání správního deliktu, aniž by pro takový závěr svědčilo předmětné ustanovení koncesního zákona.
76. Pro úplnost Úřad dodává, že Směrnice 2014/23/EU byla transponována až do zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, účinného od 1. 10. 2016 (dále jen „ZZVZ“), který v ustanovení § 174<sup>9</sup> definuje zadání koncese na stavební práce a koncese na služby.

<sup>9</sup> Podle § 174 odst. 2 ZZVZ se za zadání koncese na stavební práce považuje uzavření úplatné smlouvy, kterou zadavatel (a) zadá poskytnutí činnosti podle § 14 odst. 3 písm. a), b) nebo c) ZZVZ dodavateli, přičemž protiplnění spočívá v právu braní užitků vyplývajících z provozování stavby, která je výsledkem poskytnutých stavebních prací,

Právní úpravu ZZVZ, do značné míry skutečně odlišnou od vymezení znaků koncesní smlouvy dle § 16 koncesního zákona, však v šetřeném případě nelze aplikovat, jelikož Úřad musí v předmětném správním řízení v souladu s § 274 odst. 1 písm. c) ZZVZ postupovat dle koncesního zákona, neboť se týká uzavření potenciálně koncesní smlouvy podle koncesního zákona ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti ZZVZ.

77. K aplikaci ZZVZ v této věci nelze přistoupit v předmětném správním řízení ani za užití čl. 40 odst. 6<sup>10</sup> Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“). Především je třeba uvést, že zmíněná ústavní zásada dopadá (výlučně) na ukládání trestů za trestné činy (přičemž ji je nepochybně třeba užít, jak opakovaně dovodila soudní praxe<sup>11</sup>, i ve vztahu ke správnímu trestání). V šetřeném případě bylo správní řízení zahájeno na základě návrhu navrhovatele, jímž se navrhovatel domáhá uložení nápravného opatření ve smyslu § 25 odst. 2 koncesního zákona spočívajícího v uložení zákazu plnění Smlouvy. Úřad akcentuje, že uložení nápravného opatření nelze vnímat jako opatření trestající povahy, neboť jeho smyslem není potrestat zadavatele, nýbrž napravit vzniklý nezákonný stav. Proto nelze hovořit o příznivější právní úpravě pro – a to je nutné akcentovat – nikoli pachatele deliktu, který zde vůbec není.
78. Je nicméně pravdou (a naznačeno to bylo již výše v bodu 75. odůvodnění tohoto rozhodnutí), že dospěl-li by Úřad k závěru, že Smlouva naplňuje pojmové znaky koncesní smlouvy dle § 16 koncesního zákona, a zadavatel tak byl povinen postupovat při výběru koncesionáře v koncesním řízení dle koncesního zákona (za předpokladu, že předpokládaný celkový příjem koncesionáře z realizace Smlouvy by dosahoval hodnoty min. 20 mil. Kč bez DPH), musel by zahájit správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona zadavatelem. Ani v tomto eventuálním řízení by však nebylo na místě přistoupit k aplikaci ZZVZ, neboť dle čl. 40 odst. 6 Listiny se pozdější právní normy použije, je-li to pro pachatele správního deliktu příznivější, přičemž je z logiky věci zřejmé, že taková situace je v projednávané věci vyloučena (je-li vymezení koncese v ZZVZ širší než v koncesním zákoně a je-li předmětem řízení posouzení toho, zda zadavatelem uzavřená smlouva naplňuje pojmové znaky koncesní smlouvy / koncese, nelze uvažovat o tom, že by právní úprava obsažená v ZZVZ, tedy ta, u níž lze pojmové znaky „snadněji“ naplnit, byla pro zadavatele coby potenciálního pachatele správního deliktu automaticky příznivější).

*K závazku zadavatele umožnit koncesionáři brát užitky vyplývající z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla, popřípadě spolu s poskytnutím části plnění v penězích*

79. K předmětnému pojmovému znaku koncesní smlouvy Úřad uvádí, že aby došlo k jeho naplnění, musí se zadavatel v koncesní smlouvě zavázat umožnit koncesionáři brát užitky

---

nebo v tomto právu společně s platbou a (b) na dodavatele přenáší provozní riziko spojené s braním užitků vyplývajících z provozování stavby.

Podle § 174 odst. 3 ZZVZ se za zadání koncese na služby považuje uzavření úplatné smlouvy, kterou zadavatel (a) zadá poskytnutí jiných činností než podle § 14 odst. 3 písm. a) až c) ZZVZ, dodavateli, přičemž protiplnění spočívá v právu braní užitků vyplývajících z poskytování služeb, nebo v tomto právu společně s platbou a (b) na dodavatele přenáší provozní riziko spojené s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb.

<sup>10</sup> Podle čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější.

<sup>11</sup> Např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007 nebo č. j. 1 As 27/2008-67 ze dne 16. 4. 2008.

vyplývající z poskytování daných služeb nebo využívání provedeného díla, popřípadě spolu s poskytnutím části plnění v penězích. Jinak řečeno, koncesionář se zaváže poskytnout zadavateli plnění (tj. poskytovat službu, event. v kombinaci s provedením díla) a zadavatel umožní koncesionáři realizovat užitek z jím poskytnutého plnění. Tento pojmový znak je typicky naplněn tehdy, když koncesionář vybírá platby (užitky) od koncových uživatelů. Avšak uvedený pojmový znak lze chápat i v širším měřítku, tzn. že platby od koncových uživatelů může vybírat přímo zadavatel, přičemž tyto platby jsou přes zadavatele pouze distribuovány koncesionáři, pro kterého se pak stávají jeho příjmem.

*K přenesení podstatné části rizik spojených s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla na koncesionáře*

80. K přenosu podstatné části rizik spojených s braním užitků vyplývajících z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla na koncesionáře Úřad uvádí, že riziko, které musí z převážné míry nutně nést koncesionář, je nezbytné chápat jen a pouze v ekonomické souvislosti, tedy jako riziko výnosnosti (koncesionář při realizaci předmětu koncesní smlouvy nedosáhne takového zisku, který by odpovídal předpokládanému zisku vypočtenému na základě předpokládaného příjmu koncesionáře, a to na základě faktorů, které nelze ovlivnit – např. inflace, vývoj HDP, pokles poptávky apod.). Pokud by tedy např. odměna koncesionáře spočívala v pevné platbě od zadavatele nebo pokud by měl koncesionář zadavatelem garantováno, že případné výpadky v jeho příjmu budou kompenzovány, nejednalo by se o koncesní smlouvu ve smyslu § 16 koncesního zákona.

*K charakteru Smlouvy*

81. V šetřeném případě vymezil zadavatel předmět Smlouvy v čl. II. Smlouvy mj. následovně:

*„1) Uzavřením této nájemní smlouvy přenechává pronajímatel nájemci k užívání:*

- *pozemek p. č. 179 (ostatní plocha) o výměře 167 m<sup>2</sup> v k. ú. Alžbětín,*
- *pozemek p. č. 180 (ostatní plocha) o výměře 211 m<sup>2</sup> v k. ú. Alžbětín,*
- *pozemek p. č. 52/40 (ostatní plocha) o výměře 125 m<sup>2</sup> v k. ú. Alžbětín,*
- *pozemek p. č. 52/159 (ostatní plocha) o výměře 421 m<sup>2</sup> v k. ú. Alžbětín,*
- *pozemek p. č. 52/26 (ostatní plocha) o výměře 350 m<sup>2</sup> v k. ú. Alžbětín,*
- *pozemek p. č. 52/290 (ostatní plocha) o výměře 608 m<sup>2</sup> v k. ú. Alžbětín,*
- *pozemek p. č. 52/291 (ostatní plocha) o výměře 198 m<sup>2</sup> v k. ú. Alžbětín,*
- *pozemek p. č. 52/292 (ostatní plocha) o výměře 101 m<sup>2</sup> v k. ú. Alžbětín,*
- *pozemek p. č. 52/293 (ostatní plocha) o výměře 787 m<sup>2</sup> v k. ú. Alžbětín,*
- *pozemek p. č. 170 (ostatní plocha) o výměře 143 m<sup>2</sup> v k. ú. Alžbětín,*

*kteréžto nemovitosti jsou zapsány na LV č. 10001 pro k. ú. Alžbětín, obec Železná Ruda v katastru nemovitostí vedeném Katastrálním úřadem pro Plzeňský kraj, Katastrálním pracovištěm Klatovy (dále jen „Pronajaté nemovitosti“).*

*2) Uzavřením této nájemní smlouvy přenechává pronajímatel nájemci dále k užívání:*

- *prostory nacházející se v prvním nadzemním podlaží Budovy o celkové výměře 560 m<sup>2</sup>,*
- *prostory nacházející se v druhém nadzemním podlaží Budovy o celkové výměře 25 m<sup>2</sup>,*
- *prostory nacházející se ve třetím nadzemním podlaží Budovy o celkové výměře 67 m<sup>2</sup>,*
- *schodiště vedoucí z prvního nadzemního podlaží Budovy do druhého nadzemního podlaží Budovy o výměře 15 m<sup>2</sup> a*
- *schodiště vedoucí z druhého nadzemního podlaží Budovy do třetího nadzemního podlaží Budovy o výměře 15 m<sup>2</sup>,*

*přičemž přesná specifikace pronajatých prostor a schodišť tvoří přílohu č. 2 této smlouvy (dále jen „Pronajaté prostory“, Pronajaté prostory společně s Pronajatými nemovitostmi dále také jen jako „Předmět nájmu“).*

*3) Nájemce se za přenechání Předmětu nájmu k užívání zavazuje hradit pronajímateli nájemné.“*

82. *Výše nájemného za přenechání předmětu nájmu k užívání byla sjednána mezi zadavatelem a nájemcem v čl. IV. „Nájemné a platební podmínky, služby související s nájmem“ odst. 1 a 2 Smlouvy následovně:*

*„1) Do konce měsíce, ve kterém dojde k vydání kolaudačního souhlasu se stavebními úpravami Budovy a Pronajatých prostor, které jsou specifikovány v čl. VI. odst. 3 této smlouvy, případně do konce měsíce, ve kterém nabude právní moci rozhodnutí, kterým bude povoleno předčasné užívání těchto stavebních úprav, činí:*

- a) roční nájemné za přenechání Pronajatých prostor nájemci k užívání 48 000,- Kč (...),*
- b) roční nájemné za přenechání Pronajatých nemovitostí nájemci k užívání 12 000,- Kč (...),*
- c) měsíční nájemné za přenechání Pronajatých prostor nájemci k užívání v souladu s písm. a) tohoto odstavce 4 000,- Kč (...),*
- d) měsíční nájemné za přenechání Pronajatých nemovitostí nájemci k užívání v souladu s písm. b) tohoto odstavce 1 000,- Kč (...).*

*2) Počínaje prvním dnem měsíce následujícího po měsíci, ve kterém dojde k vydání kolaudačního souhlasu se stavebními úpravami Budovy a Pronajatých prostor, které jsou specifikovány v čl. VI. odst. 3 této smlouvy, případně ve kterém nabude právní moci rozhodnutí, kterým bude povoleno předčasné užívání těchto stavebních úprav, činí:*

- a) roční nájemné za přenechání Pronajatých prostor nájemci k užívání 443 300,- Kč (...),*
- b) roční nájemné za přenechání Pronajatých nemovitostí nájemci k užívání 46 620,- Kč (...),*
- c) měsíční nájemné za přenechání Pronajatých prostor nájemci k užívání v souladu s písm. a) tohoto odstavce 36 942,- Kč (...),*
- d) měsíční nájemné za přenechání Pronajatých nemovitostí nájemci k užívání v souladu s písm. b) tohoto odstavce 3 885,- Kč (...).“*

83. Z výše citovaného je zřejmé, že předmětem Smlouvy je přenechání dotčenými ustanoveními Smlouvy vymezených pozemků a prostor nájemci za úplaty (nájemné) sjednanou v čl. IV. odst. 1 a 2 Smlouvy, která je koncipována tak, že po omezenou dobu, tj. do vydání kolaudačního souhlasu se stavebními úpravami budovy a pronajatých prostor (k tomu blíže viz bod 87. odůvodnění tohoto rozhodnutí), příp. do nabytí právní moci rozhodnutí o povolení předčasného užívání předmětných stavebních úprav, hradí nájemce zadavateli snížené nájemné, neboť do té doby tyto nelze využívat. Jakmile však dojde k vydání kolaudačního souhlasu se stavebními úpravami, příp. nabyde právní moci rozhodnutí o povolení předčasného užívání (tzn. budova a pronajaté prostory již budou moci býti užívány nájemcem), začne nájemce hradit zadavateli plnou výši nájemného sjednanou v čl. IV. odst. 2 Smlouvy, a to bez ohledu na to, zda činnosti specifikované v čl. III. odst. 1 Smlouvy (viz níže) budou v pronajatých prostorech provozovány či nikoli. Jinak řečeno, Smlouva je koncipována tak, že počátek plateb „plné“ výše nájemného není odvislý od okamžiku zahájení provozování činností specifikovaných v čl. III. odst. 1 Smlouvy, nýbrž od vydání či nabytí právní moci příslušných listin opravňujících nájemce k užívání předmětu nájmu.
84. Výše zmíněný účel využití pronajatých prostor a nemovitostí vymezil zadavatel v čl. III. „Účel nájmu, stav Předmětu nájmu“ Smlouvy následovně:
- „1) Pronajaté prostory se nájemci pronajímají výhradně za účelem:*
- *vybudování a provozování obchodu s potravinami, drogerií, parfumerií, ovocem a zeleninou, alkoholem, hračkami, papírnictvím, obuví, textilem, metrážním textilem, domácími a zahrádkářskými potřebami, elektro spotřebiči, novinami, tabákovými výrobky a cigaretami, CD a DVD nosiči, potřebami pro zvířata a potřebami pro motoristy,*
  - *vybudování a provozování restaurace, rychlého občerstvení fast food, kavárny, cukrárny.*
- 2) Pronajaté nemovitosti je nájemce oprávněn užívat výlučně za účelem přístupu a příjezdu nájemce a třetích osob k Pronajatým prostorům a za účelem parkování motorových vozidel.“*
85. Tím, že zadavatel v čl. III. odst. 1 Smlouvy stanovil účel nájmu, tj. vybudování a provozování obchodu s příslušným sortimentem, restaurace, rychlého občerstvení fast food, kavárny a cukrárny, vymezil činnosti, které mohou být nájemcem v pronajatých prostorech provozovány [uvedené je taktéž sjednáno v čl. VII. odst. 1 Smlouvy, v němž se uvádí, že „[n]ájemce je povinen užívat Předmět nájmu výlučně k účelům uvedeným v čl. III. odst. 1 a 2 této smlouvy a v souladu s jeho technicko-ekonomickým určením a kolaudačním rozhodnutím (kolaudačním souhlasem)“], avšak dané ustanovení Smlouvy, jakožto ani žádné z ostatních ustanovení Smlouvy, neobsahuje závazek nájemce zadavatelem vymezené činnosti, resp. služby poskytovat. Úřad si je vědom, že předmětný záměr zadavatele uveřejněný dne 7. 8. 2015 na úřední desce zadavatele obsahoval jako jednu z podmínek pronájmu v bodu 3) povinnost nájemce zajistit naplňování účelu pronájmu, tj. provozování maloobchodního prodeje zboží veřejnosti, od určitého termínu (v podrobnostech viz bod 1. odůvodnění tohoto rozhodnutí), avšak samotná Smlouva tuto povinnost/závazek

neobsahuje. Nadto Úřad podotýká, že daný záměr zadavatele není ani přílohou Smlouvy<sup>12</sup> a Smlouva se na něj odkazuje pouze v čl. XII. „Závěrečná ustanovení“ odst. 7 Smlouvy, v němž zadavatel „*prohlašuje, že záměr města Železná Ruda pronajmout předmět nájmu byl zveřejněn na úřední desce Městského úřadu Železná Ruda po dobu vyžadovanou zákonem č. 128/2000 Sb., o obcích*“, a v takovém případě nelze povinnost stanovenou v bodu 3) záměru zadavatele dovozovat taktéž ze Smlouvy. Dotčené ustanovení Smlouvy je tak nutno chápat „pouze“ jako taxativní vymezení činností provozovaných nájemcem, jež je zadavatel ochoten akceptovat.

86. Úřad tedy uzavírá, že Smlouva neobsahuje závazek nájemce poskytovat služby vymezené v čl. III. odst. 1 Smlouvy, k čemuž doplňuje, že po posouzení obsahu Smlouvy dospěl k závěru, že ze Smlouvy nevyplývá ani závazek nájemce poskytovat jakékoliv jiné služby.

87. Úřad nepřehlédl, že Smlouva obsahuje mj. závazek nájemce provést na své vlastní náklady stavební úpravy pronajaté budovy, prostor a nemovitostí, když zadavatel v čl. VI. „Provádění úprav Předmětu nájmu, úhrada za provedené úpravy“ odst. 3 a 4 Smlouvy stanovil:

*„3) Uzavřením této smlouvy pronajímatel uděluje nájemci souhlas s realizací stavebních úprav Budovy, Pronajatých prostor a stavebních úprav Pronajatých nemovitostí v rozsahu vymezeném v dokumentaci pro stavební povolení na akci ‚Přestavba bývalé celnice Alžbětín‘ vypracované společností AVE architekt a.s. (dále jen ‚Dokumentace‘), (...). Nájemce je povinen tyto stavební úpravy realizovat v souladu s Dokumentací. (...) Nájemce se dále zavazuje provést stavební úpravy Budovy, Pronajatých prostor a stavební úpravy Pronajatých nemovitostí vymezené v Dokumentaci nejpozději do 30. 08. 2017. V případě, že nájemce předmětné stavební úpravy ve sjednané lhůtě neprovede, je pronajímatel oprávněn od této smlouvy odstoupit.*

*4) Smluvní strany se dohodly, že stavební úpravy uvedené v předchozím odstavci tohoto článku nájemce provede výlučně na své vlastní náklady.“*

88. Úřadu však i přes to, že Smlouva obsahuje mj. výše citovaný závazek nájemce provést na své vlastní náklady sjednané stavební úpravy, nezbývá než konstatovat, že Smlouva nenaplnuje pojmový znak koncesní smlouvy dle § 16 odst. 1 koncesního zákona, když neobsahuje taktéž závazek koncesionáře poskytovat služby, neboť, jak již Úřad uvedl výše, existence tohoto závazku koncesionáře, resp. smluvního ujednání, je obligatorní náležitostí koncesní smlouvy. V této souvislosti je tak již nadbytečné zabývat se Územním rozhodnutím č. j. VÚP/2651/15/29-330/3 ze dne 8. 1. 2016 o umístění stavby pro stavbu „Přestavba bývalé celnice“ vydaném Městským úřadem Železná Ruda, Odborem výstavby – stavební úřad, Klostermannovo náměstí 295, 340 04 Železná Ruda, jež doručil navrhovatel Úřadu v rámci svého návrhu jako důkaz toho, že „*právě Město [zadavatel – pozn. Úřadu] požádalo ještě před samotným uzavřením Nájemní smlouvy o některá příslušná povolení související s akcí ‚Přestavba bývalé celnice Alžbětín‘, tedy se Město na podobě stavebních úprav Budovy, pronajatých Prostor a stavebních úprav pronajatých Pozemků rozhodující měrou podílelo.*“

<sup>12</sup> Součástí Smlouvy jsou celkem 4 přílohy, jimiž jsou (1.) Výpis z katastru nemovitostí, (2.) Přesná specifikace Pronajatých prostor, (3.) Dokumentace pro stavební povolení na akci „Přestavba bývalé celnice Alžbětín“ vyhotovená společností AVE architekt, a. s. v 02/2015 a (4.) Smlouva o bezúplatném převodu nemovitostí uzavřená mezi Českou republikou – Úřadem pro zastupování státu ve věcech majetkových a městem Železná Ruda dne 17. 2. 2009 – pozn. Úřadu

89. Vzhledem k tomu, že koncesní smlouva musí naplňovat všechny pojmové znaky kumulativně, přičemž v šetřeném případě nedošlo k naplnění již prvního z posuzovaných pojmových znaků, Úřad konstatuje, že Smlouva není smlouvou koncesní ve smyslu koncesního zákona, a zadavatel tak nebyl v souvislosti s výběrem nájemce pro uzavření Smlouvy povinen postupovat v koncesním řízení dle koncesního zákona. Za této situace tedy Úřad ani neshledal, že by v šetřeném případě existovaly okolnosti svědčící o naplnění znaků skutkové podstaty správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona, tj. že by zadavatel uzavřel koncesní smlouvu bez uveřejnění oznámení o zahájení koncesního řízení podle § 31 odst. 4 koncesního zákona, a v takovém případě tedy není naplněna hypotéza uvedená v § 25 odst. 2 písm. a) koncesního zákona.
90. S ohledem na učiněný závěr je tak již nadbytečné posuzovat, zda Smlouva naplňuje či nenaplňuje zbývající pojmové znaky koncesní smlouvy dle § 16 koncesního zákona, popř. jaké hodnoty by dosahoval předpokládaný celkový příjem koncesionáře (jednalo-li by se o koncesní smlouvu), a tedy i zabývat se tvrzeními účastníků správního řízení s tímto spojenými. Stejně tak je již rovněž nadbytečné posuzovat důvody hodné zvláštního zřetele, pro které by neměl být zadavateli uložen zákaz plnění Smlouvy a které zadavatel uvedl v rámci svého vyjádření ze dne 29. 11. 2016 k návrhu navrhovatele spolu s listinami dokládající daná tvrzení (viz bod 26. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
91. Úřad dále dodává, že neprovedl důkaz listinami doručenými zadavatelem Úřadu v rámci jeho vyjádření ze dne 29. 11. 2016 k návrhu navrhovatele (viz bod 25. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a listinami doručenými Úřadu vybraným uchazečem v rámci jeho vyjádření ze dne 2. 12. 2016 (viz bod 29. odůvodnění tohoto rozhodnutí), jimiž tito dokládají účelovost jednání navrhovatele, neboť předmětem správního řízení bylo posouzení postupu zadavatele v souvislosti s uzavřením Smlouvy, tj. zda Smlouva je smlouvou koncesní ve smyslu koncesního zákona, popř. zda byl zadavatel v souvislosti s uzavřením Smlouvy povinen postupovat v koncesním řízení dle koncesního zákona, a nikoliv posouzení postupu navrhovatele, případně společnosti ORI, před jinými úřady či v soudních řízeních, a obsah daných listin je tak k šetřené věci právně irelevantním.
92. Pro úplnost se však Úřad vyjádří k aplikovatelnosti navrhovatelem zmiňovaného rozhodnutí předsedy Úřadu R039/2008 vydaného v řízení o námitkách proti „Protokolu o kontrole postupu zadavatele České dráhy, a. s., při realizaci projektu „Živá nádraží““ ze dne 1. 10. 2007, neboť navrhovatel je názoru, že závěry předsedy Úřadu vztahující se k „modelu 1“ komplexní revitalizace nádraží formou dlouhodobého pronájmu<sup>13</sup> jsou aplikovatelné na postup zadavatele při výběru nájemce pro uzavření Smlouvy. Z rozhodnutí předsedy Úřadu R039/2008 vyplývá, že kontrolní pracovníci Úřadu v daném protokolu mj. dospěli k závěru, že výběrová řízení realizovaná v rámci výše uvedeného „modelu 1“ naplňují pojmové znaky koncese, a zadavateli (České dráhy, a. s.) tak vznikla povinnost postupovat podle koncesního zákona, přičemž předseda Úřadu se s tímto závěrem ztotožnil. K danému

---

<sup>13</sup> Z rozhodnutí předsedy Úřadu R039/2008 vyplývá, že „model 1“ revitalizace nádraží formou dlouhodobého pronájmu spočíval v tom, že soukromý partner vybraný na základě výběrového řízení následně na vlastní náklady a na základě dlouhodobého pronájmu zajistí revitalizaci nádraží a nádražních prostor, přičemž návratnost investice získá tento partner z komerčního využití revitalizovaného majetku např. formou podnájmu pronajatých prostor ke komerčnímu využití jejich koncovým provozovatelům nebo formou realizace vlastního developerského projektu – pozn. Úřadu

závěru předseda Úřadu dospěl mj. i s ohledem na skutečnost, že zadavatel (České dráhy, a. s.) požadoval „*nikoli prostou rekonstrukci nádražních budov, která by zajistila splnění pouze základních bezpečnostních a funkčních požadavků na užívání těchto budov, ale zájmem zadavatele je ‚revitalizace‘ nádraží jako takových, přičemž pojem ‚revitalizace‘ je jistě pojmem širším, který akcentuje právě i ony kulturně společenské přesahy spojené s železniční dopravou.*“ Předseda Úřadu měl totiž za to, že „*provozování např. železniční dopravy nelze zužovat pouze na samotnou přepravu po železniční dopravní cestě, tedy na pouhé ‚přemístění‘ cestujících z jednoho místa do jiného, ale součástí zajištění železniční dopravy je zcela jistě i poskytnutí a zajištění všech souvisejících služeb v odpovídající kvalitě. Do zajištění železniční dopravy tak bezpochyby spadá i provozování obslužných prostor pro cestující, jako jsou přístupové cesty k nádraží, nástupiště, čekárny, poklady a sociální zázemí, to vše na odpovídající úrovni a v kvalitě reflektující současné hygienické a funkční požadavky.*“ Je tak zřejmé, že předseda Úřadu se ztotožnil se závěry kontrolních pracovníků Úřadu mj. na základě skutečnosti, že závazek provést revitalizaci nádraží v sobě nezahrnuje pouze rekonstrukci nádražních budov, nýbrž taktéž poskytování služeb souvisejících s provozováním železniční dopravy. Jinak řečeno, v případě „modelu 1“ došlo k naplnění pojmového znaku koncese, resp. koncesní smlouvy, spočívajícího v existenci závazku koncesionáře poskytovat služby (v kombinaci se závazkem koncesionáře provést dílo). V nyní šetřené věci však taková okolnost nenastala, resp. tento obligatorní pojmový znak koncesní smlouvy nebyl naplněn, a rozhodnutí předsedy Úřadu R039/2008 tak nelze v předmětném správním řízení aplikovat.

#### Shrnutí

93. Úřad v odůvodnění tohoto rozhodnutí nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření podle § 25 odst. 2 písm. a) koncesního zákona, neboť dospěl k závěru, že Smlouva není smlouvou koncesní ve smyslu koncesního zákona, jelikož nenaplnňuje pojmové znaky koncesní smlouvy dle § 16 koncesního zákona, a zadavatel tak nebyl v souvislosti s výběrem nájemce pro uzavření Smlouvy povinen postupovat v koncesním řízení dle koncesního zákona a nedopustil se tak spáchání správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. c) koncesního zákona.
94. Vzhledem k právě uvedenému Úřad taktéž konstatuje, že nezjistil ani důvody pro uložení nápravného opatření podle § 25 odst. 2 písm. b) koncesního zákona, neboť v šetřeném případě se zadavatel nemohl dopustit správního deliktu dle § 27 odst. 1 písm. a) koncesního zákona, když při uzavírání Smlouvy dle koncesního zákona nemusel postupovat, přičemž pro možnost uložení tohoto nápravného opatření je zákonem vyžadováno spáchání mj. právě deliktu dle § 27 odst. 1 písm. a) koncesního zákona.
95. Pro úplnost Úřad dále konstatuje, že nezjistil ani důvody pro uložení nápravného opatření podle § 25 odst. 1 koncesního zákona, neboť takové důvody ani nemohou být dány, jelikož v šetřeném případě již došlo k uzavření smlouvy.
96. S ohledem na vše výše uvedené Úřad rozhodl podle § 25 odst. 4 písm. a) koncesního zákona o zamítnutí návrhu navrhovatele ze dne 16. 11. 2016 na uložení zákazu plnění „Nájemní smlouvy“ uzavřené dne 17. 5. 2016 mezi zadavatelem a vybraným uchazečem na základě záměru zadavatele ze dne 7. 8. 2015 pronajmout prostory a pozemky (blíže specifikované v daném záměru) za účelem provozování podnikatelské činnosti – maloobchodního prodeje



zboží veřejnosti – uveřejněného na úřední desce zadavatele téhož dne, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 25 odst. 1 nebo 2 koncesního zákona, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.  
místopředseda

### Obdrží

1. Mgr. Eva Straková, advokátka, ev. č. ČAK 12128, Advokátní kancelář Volopich, Tomšíček & spol., s.r.o., Vlastina 602/23, 323 00 Plzeň
2. Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář, Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1
3. JUDr. Josef Pelech, Ph.D., advokát, ev. č. ČAK 09864, Kardinála Berana 1157/32, 301 00 Plzeň 3

### Vypraveno dne

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy